

国际大额资金划拨的法律问题研究

-----基于风险分析的合理选择

内容摘要：目前，国际大额资金划拨对国际金融交易乃至世界经济发展的重要性与日俱增，而我国法学界对其相应的法律规范却缺乏必要的深入研究。本文通过国际大额资金划拨概念及法律性质的分析，结合资金划拨过程中的风险分析，在借鉴其它国家有关法律规定的基礎上，对其间所涉及的一些主要法律问题进行了有益的探讨。

关键词：国际大额资金划拨、大额资金划拨系统、制度风险、法律风险

目录

导言-----	
第一章、国际大额资金划拨的概念、性质和基本分类-----	
一、国际大额资金划拨的概念-----	
二、国际大额资金划拨的无因性法律特征以及和合同义务转让的比较-----	
三、国际大额资金划拨是贷记划拨-----	
四、国际大额资金划拨的基本分类-----	
（一）在岸划拨和离岸划拨-----	
（二）内部支付和代理行支付-----	
第二章、大额资金划拨系统-----	
一、总额结算安排-----	
（一）定时总额结算安排-----	
（二）实时总额结算安排-----	
二、净额结算安排-----	
（一）双边头寸净额结算安排-----	
（二）双边债务更新净额结算安排-----	
（三）多边头寸净额结算安排-----	
（四）多边债务更新及替代净额结算安排-----	
第三章、国际大额资金划拨的风险分析-----	
一、制度风险-----	
（一）流动性风险-----	
（二）信用风险-----	
（三）系统风险-----	
二、法律风险-----	
（一）抵销权-----	
（二）破产抵销权-----	
（三）其它法律风险-----	

三、风险承担原则-----	
(一) 受益者承担原则-----	
(二) 控制者承担原则-----	
第四章、国际大额资金划拨的主要法律问题-----	
一、各方当事人之间合同法律关系准据法的确定-----	
二、大额资金划拨系统规则对当事人的效力-----	
三、支付指令的发出、接受和执行-----	
四、资金划拨的完成与基础付款义务的解除-----	
五、受益人银行违约的风险分担-----	
六、发端人银行或中间行违约的风险分担-----	
结束语-----	
后记	

导言

随着世界经济一体化进程的迅速推进，人类社会在金融领域业已进入了全球化的时代，具体到资金支付系统，即表现为国际大额资金划拨（international large value transfers）的急剧增长。长期以来，人类社会的资金支付系统是在社会生产力持续发展的基础上得以逐步发展和完善的，其中各种清算方法和结算安排¹的每一项进步莫不是人类具体经济活动对资金支付提出的客观要求在背后推动的结果。对此，国际大额资金划拨自然也不能例外，其自二十世纪七、八十年代以来的爆炸性发展显然有着更深层次的经济原因。

首先，建立在新技术革命基础上的新一轮国际分工引起生产资源在世界范围重新配置，从而对国际金融交易在规模上和质量上都提出了更高的要求。自二十世纪下半叶开始，以集成电路的发明为契机，人类社会在电子计算机、网络系统、信息处理与传递等诸多新技术领域相继取得了一系列划时代的突破，从而对人类社会的经济发展产生了意义深远的影响。目前，以欧美为代表的西方发达国家已在世纪之交基本完成了产业升级，全面进入信息时代，以信息技术、新材料和生物技术为代表的高科技产业开始在这些国家的国民经济中取得了主导性的地位。与此相呼应，广大发展中国家，特别是东亚、东南亚国家，也不甘落后，它们在大量吸收外资承继发达国家转移的传统产业的同时，抓住历史机遇大力发展自己的高科技产业，从而不但满足了发达国家对传统产业产品的巨大需求，而且也为

¹ 清算(clearing)是交易双方直接或间接(通过中介机构)清结债权债务数额，终结债权债务关系的行为。陈晓著：《中央银行法律制度研究》，法律出版社1997年版，第304页。

清算一般指在银行界得到广泛采用的计算银行间互负义务以及结算相应帐户余额的方法。Black's Law Dictionary, West Publishing Co., 5th edition, 1979, p228.

清算与结算存在根本区别。按照美国《统一商法典》第4编第104条(j)款的定义，结算指通过现金交付、清算所结算、费用或信用支付、汇款或者依指示所进行的各类支付。一笔结算既可以是临时性的，也可以是终局性的。

另外，结算也表现为共同清算的当事人安排帐户及调整帐户余额的行为。Black's Law Dictionary, supra, p1231.

根据以上定义，我们可以看出，在银行之间，清算实际上是整个结算过程的一个组成部分，是为到达结算目的而采用的方法。正如有的学者所主张的，清算应被理解为涵盖(银行间)互负义务计算以及任何以结算为目的的准备行为。

发达国家的高科技产业提供了广阔的海外市场。生产资源在信息时代的重新布局,刺激了巨额资金在世界范围的频繁流动,使得国际金融交易的规模急剧膨胀,仅以外汇交易为例,1998 年全球主要外汇市场的日平均交易额即高达 9908 亿美元。¹ 另一方面,国际资金流动,特别是国际大额资金划拨运用的金融工具和交易方法也得到不断创新,技术上日渐成熟,以适应现代国际金融交易利率、汇率等市场因素瞬息万变的客观情况。

其次,目前国际金融交易已逐步摆脱了传统的基础贸易关系和跨国直接投资活动,对金融风险²的合理规避和善加利用,以及对纯粹金融利润³的追逐推动国际资金划拨向着大额化和标准化方向发展。自二十世纪七十年代初布雷顿森林体系崩溃以来,当代国际货币体系一直奉行的是浮动汇率制,国际金融交易中使用的各主要货币之间的比价均为自由浮动,其增减变化既受到各国经济基本面的制约,又时时处于国际金融市场的各种突发性、偶发性事件的影响之下。这样,各种因素交互作用,在国际资金流动过程中就会产生大量的、难以辨识和消除的金融风险。为了对这些金融风险进行合理规避,国际金融交易的各参与方相继推出了一系列的衍生金融工具,如期权(options)⁴、票据发行便利(note issuance facilities, NIFs)⁵、货币与利率互换(swaps)⁶、远期利率协议(forward rate agreements, FRAs)⁷等等。同时,虽然衍生金融工具的产生在于规避金融风险,但如果能对风险进行准确的识别、预测并加以利用,衍生金融工具将给使用者带来远远高于传统国际金融交易的超额收益。这一点极大地刺激了国际金融交易中对衍生金融工具的普遍使用。由于衍生金融工具的目的在于规避、利用金融风险及获取纯粹的金融利润,其大规模的运用,一方面使得国际金融交易呈现出脱离基础贸易关系和跨国直接投资活动的显著特点。从 1980 年到 2000 年,全球资本市场上交易的总资本存量由 5 万亿美元急剧增加到 35 万亿美元左右,同期,全球外汇交易额与世界贸易额的比率也由 1983 年的 10:1 迅速上升到 2000 年的 60:1。⁸ 另一方面,基于降低交易成本和简化交易程序从而减少风险的客观需要,由衍生金融工具的使用所带来的国际资金划拨也正向着大额化和标准化的方向发展。

国际大额资金划拨是国际金融全球化的主要成果,它的迅速发展反映了世界

¹ 资料来源:国际清算银行第 69 期年报。

² 金融风险是金融行为的结果偏离其期望结果的可能性,是金融结果的不确定性。金融风险是一种特殊的经济风险,是可以选择和测算的;金融风险又是一种特殊的投机风险,既可能带来风险损失,也可能带来风险收益。金融风险的实质是货币资金直接发生损益的可能性和不确定性。王伟东著:《经济全球化中的金融风险》,中国经济出版社 1999 年版,第 29 页。

³ 这里的“纯粹金融利润”指在国际金融市场上,各交易方在不以贸易支付或跨国直接投资为目的的交易活动中所意欲获取的利润。

⁴ 期权是指买卖双方达成协议,期权买方在向卖方支付一定费用以后按约定日期以预先确定的价格买进或卖出一定数量的某种资产的权利。李惠芬主编:《国际金融概论》,中国金融出版社 1998 年版,第 289 页。

⁵ 票据发行便利是银行与借款人之间签订的一项具有法律约束力的中期融资协议,根据这一协议,借款人可以用自己的名义发行或开立短期票据,银行承诺购买借款人未能售出的票据,或承担备用信贷责任,即向借款人提供等额银行贷款。同上,第 298 页。

⁶ 货币互换有三种基本类型:一是不同货币固定利率和固定利率的互换,二是不同货币浮动利率和固定利率的互换,三是不同货币浮动利率和浮动利率的互换。在交易过程中,双方按即期利率交换不同货币的资产或债务,定期交换利率,到期按原来的汇率换回最初的货币本金。

利率互换是以一笔象征性本金为基础,交换不同特征的利率,期初和到期日都没有实际的本金交换。其具体形式主要有两种:一是相同货币浮动利率和固定利率的互换,也称息票互换;二是相同货币浮动利率和浮动利率的互换,也称基础互换,即以某一种利率为参考的浮动利率与以另一种利率为参考的浮动利率互换。

货币互换实际上也是不同货币的利率互换,可称交叉货币利率互换。

同上,第 293-294 页。

⁷ 远期利率协议是一种合约,双方规定某种协定利率,在将来的清算日,按特定期限由一方向另一方支付当时市场利率与协定利率之间的差额。同上,第 298 页。

⁸ 王雪冰主编:《1999-2000 国际金融报告》,经济科学出版社 2000 年版,第 206 页。

经济一体化对国际金融交易的客观要求。和国际小额资金划拨（international small value transfers）相比，国际大额资金划拨的交易各方主要是商业银行、投资银行、保险公司、各种投资基金以及参加国际金融交易的跨国公司，¹ 其交易笔数虽然相对较少，但交易对象丰富，交易金额巨大，所涉风险异常复杂，所以，国际大额资金划拨在结算的时间性、准确性、安全性以及相应的法律制度建设上有着极为严格的特殊要求。

第一章、国际大额资金划拨的概念、性质和基本分类

一、国际大额资金划拨的概念

在人们得自日常交易的最基本的印象中，支付就意味着付款人向收款人实际交付货币的行为。随着交易频度和金额的不断增长，货币的实际交付无疑已无法适应经济发展对支付系统的要求。于是，人们逐渐从交易实践中发展出了目前得到普遍采用的以银行为中介的支付系统。这一机制使得仅仅收款人或收款人银行才能以特定的方式收到款项，在实践中，它具体表现为同一银行或不同银行的一个账户向另一个账户排他性地移转资金的活动。这一点在国际大额资金划拨的业务流程中表现的尤为明显。

在以支付为目的的国际大额资金划拨中存在众多当事人。其中，付款人习惯上被称为发端人（originator）²，收款人则被称为受益人（beneficiary）³，相应地，他们各自的所直接发生关系的银行被分别称为发端人银行（originator's bank）⁴和受益人银行（beneficiary's bank）⁵，其他参与银行则被称为中间行（intermediary bank）⁶。一笔国际大额资金划拨业务就是由发端人发出支付指令（payment order）⁷，经过发端人银行、一家或数家中间行以及受益人银行之间

¹ 国际小额资金划拨的交易各方主要是私人消费者和从事商品交易的公司企业。

² 发端人指资金划拨中第一项支付指令的发送人。美国《统一商法典》第 4A 编第 104 条(c)款。

发端人指贷记划拨中第一项支付指令的发出者。《联合国贷记划拨示范法》第 2 条(c)款。

³ 受益人指受益人银行向其支付款项的人。美国《统一商法典》第 4A 编第 103 条(a)款(2)。

受益人指在发端人的支付指令中被指定收取划拨款项的人。《联合国贷记划拨示范法》第 2 条(d)款。

⁴ 如果发端人不是一家银行，发端人银行即为发端人所发出支付指令的接收银行；如果发端人是一家银行，发端人银行即为发端人。美国《统一商法典》第 4A 编第 104 条(d)款。

⁵ 受益人银行指在支付指令中被指定贷记受益人帐户，或在支付指令未规定付款至某帐户时，以其它方式向受益人付款的银行。美国《统一商法典》第 4A 编第 103 条(a)款(3)。

⁶ 中间行指非发端人银行或受益人银行的（支付指令的）其他接收银行。美国《统一商法典》第 4A 编第 104 条(b)款。

中间行指收取支付指令的银行。《联合国贷记划拨示范法》第 2 条(f)款。

⁷ 支付指令指发送人向接收银行以口头、电子或书面方式传递的一项指示，指示接收银行向受益人或使另一家银行向受益人支付固定或可确定的款项，如果：

该指示除支付时间外未就向受益人的支付附加条件；

接收银行通过借记发送人帐户，或以其它方式从发送人收取付款，来得到偿付；

该指示由发送人直接传递给接收银行，或通过代理人、资金划拨系统或通讯系统传递给接收银行。

美国《统一商法典》第 4A 编第 103 条(a)款(1)。

支付指令指发送人以任何方式向接收银行作出，旨在将固定或可确定的款项置于受益人支配之下的一项无条件指示，如果：

接收银行通过借记发送人帐户，或以其它方式从发送人收取付款，来得到偿付；

该指示不得规定支付须应受益人的请求作出。

本节中没有任何规定阻止一项指示成为支付指令，仅仅因为该指示指引受益人银行在无帐户的受益人请求支付之前持有划拨款项。

《联合国贷记划拨示范法》第 2 条(b)款。

的资金往来，最后款项到达受益人帐户的资金流动过程。¹ 如果从支付指令的具体流转程序来考察，除受益人外，参与国际大额资金划拨的各方当事人还可以被划分为发送人(sender)²和接收银行(receiving bank)³两大类，其中，发端人、发端人银行、中间行构成支付指令的发送人，而作为支付指令的接收一方，发端人银行、中间行又同时和受益人银行构成接收银行。

国际大额资金划拨中的“国际”并不是一般意义上的“跨国”之意，而是指发端人银行和受益人银行中必须至少有一方位于该笔划拨业务所用货币的发行国以外的国家。⁴ 这样定义的原因在于国际大额资金划拨实际运作中的客观现实。

(一) 在国际金融界，发端人银行和受益人银行一般被认为分别构成发端人和受益人的代理人，在资金划拨中依照与发端人和受益人在开设结算帐户时成立的委托合同关系管理和运用帐户中的资金余额。⁵ 每一笔结算业务的运作结果由发端人或受益人直接承担，具体表现为发端人在发端人银行帐户余额的减少和受益人在受益人银行帐户余额的相应增加。虽然国际大额资金划拨的目的在于发端人和受益人之间基础付款义务的履行，其最终的法律后果也由发端人和受益人承担，但在实践中国际大额资金划拨已经完全脱离了他们之间的基础法律关系，具有无因性的法律特征，其实际表现为银行帐户之间的资金往来。鉴于银行帐户被认为存在于银行的营业所所在地，所以，以银行的营业所所在地而不是发端人和受益人的住所地、居住地或营业所所在地来界定国际大额资金划拨，才更加符合其为银行帐户之间资金往来的客观情况。

(二) 正因为银行之间的资金流动构成资金划拨的最本质特征，所以国际大额资金划拨与国内大额资金划拨的根本区别就在于资金流动是否跨越国境。根据金融主权原则⁶，一国发行的货币的流通必须置于该国货币当局，即中央银行的严格监管之下，任何运用该国货币的金融交易也必须通过该国的资金划拨系统才能有效完成。在国际大额资金划拨中，除非发端人银行和受益人银行之间直接存在代理行关系，否则他们一般都要利用一个或数个与其有代理行关系的中间行来完成资金划拨，这些中间行应该直接或可以通过其他中间行间接参加该笔划拨业务所用货币的发行国的大额资金划拨系统。由此可见，从资金流动的角度考察，

¹ 如果发端人银行和受益人银行之间存在代理行关系，它们之间可以直接进行资金划拨，该笔国际大额资金划拨业务将不涉及任何中间行。

² 发送人指向接收银行发出支付指令的人。美国《统一商法典》第 4A 编第 103 条(a)款(5)。

发送人指发出支付指令的人，包括发端人和任何发出(支付指令的)的银行。《联合国贷记划拨示范法》第 2 条(e)款。

³ 接收银行指发送人的指示向其发送的银行。美国《统一商法典》第 4A 编第 103 条(a)款(4)。

接收银行指收取支付指令的银行。《联合国贷记划拨示范法》第 2 条(f)款。

⁴ Benjamin Geva, International Funds Transfers: Mechanisms and Laws, in Joseph J. Norton, Chris Reed and Ian Walden ed., Cross-Border Electronic Banking-challenges and Opportunities, Lloyd's of London Press Ltd, 1995, p5.

⁵ 一般认为，银行和其客户之间存在的是一种契约关系。这种关系一方面是债务人与债权人之间的关系，另外一方面是银行作为代理人或受委托人与客户作为委托人或被代理人之间的关系。王贵国著：《国际货币金融法》，北京大学出版社 1996 年版，第 441-442 页。

银行和其客户之间债务人与债权人的关系系由于客户在银行的存款构成银行对客户的有效负债，而在银行向客户提供的结算服务中，银行则被认为系客户的代理人或受委托人。

在此应予说明的是，大陆法系和普通法系关于代理概念的内涵存在明显差异。在大陆法系，代理仅指直接代理，即显名代理和隐名代理，而在普通法系，间接代理也构成代理关系。在国际大额资金划拨中，由于银行发出的支付指令均标明依指示发送，表明自己是代理人，仅构成直接代理。这样，无论大陆法系还是普通法系，涉及国际大额资金划拨中的代理一般均指直接代理。

显名代理指明确以本人的姓名或名称进行民事活动。

隐名代理指仅表明代理他人为民事活动，但不指明本人的姓名或名称。

间接代理指既不披露本人的姓名，也不表明自己是代理人，而以自己的名义从事民事活动。

郑自文著：《国际代理法研究》，法律出版社 1998 年版，第 2-3 页。

⁶ 金融主权是国家主权的一部分，是指一国政府金融决策的相对独立性和对本国金融体系的控制能力。王益、白钦先主编：《当代金融辞典》，中国经济出版社 2000 年版，第 11 页。

发端人银行和受益人银行的具体营业所所在地只要有一方位于该笔划拨业务所用货币的发行国以外,就足以造成资金的跨国流动,即使发端人银行和受益人银行的具体营业所所在地位于同一国家或地区也仍然如此。

二、国际大额资金划拨的无因性法律特征以及和合同义务转让的比较

(一) 由于银行账户中的资金一般被认为是银行对其客户的负债,所以从法律上讲,在国际大额资金划拨中,发端人向受益人付款以履行债务或从事其他法律行为,也就意味着发端人银行对发端人的负债在同等金额上被受益人银行对受益人的负债所“替代”,两者在各自的帐户余额上呈现出一种相互对应的此消彼长的关系。在此,应予注意的是,这里的“替代”仅指发端人在发端人银行帐户余额的减少值与受益人在受益人银行帐户余额的增加值完全相同而言,并不构成一种合同义务的转让。¹ 实际上,无论发端人向受益人承担的付款义务是基于合同履行、损害赔偿、恢复原状抑或赠与等单方法律行为,由此引起的国际大额资金划拨均构成脱离基础付款义务的相对独立的法律关系,具有无因性的法律特征。也就是说,国际大额资金划拨中的受益人只要符合支付指令的要求,不需提出任何证明即可请求已接受支付指令的受益人银行给付划拨款项,至于其请求权赖以发生的原因,则在所不问。

(二) 通过与合同义务转让的对比研究,我们对国际大额资金划拨的法律性质会更加明了。在大陆法系,合同义务的转让属于合同转让的一种,又被称为义务承担,是指在不改变合同内容的前提下,债权人、债务人通过与第三人订立转让债务的协议,将债务全部或部分地移转给第三人承担的现象。² 其中,根据债务人是否脱离原合同关系,又可分为免责的义务承担³和并存的义务承担⁴。在普通法系,并不存在对合同义务转让相对统一的认识。美国将合同义务转让称为义务转托,意指合同一方(债务人)把他方(债权人)负有的合同义务转托给某一第三人(受托人)履行。⁵ 而在英国,合同义务则被认为不能转让,所谓合同的转让只限于转让合同当事人的权利或利益。⁶ 当然,如果合同的一方当事人取得了对方的同意,他可以转让其合同义务,但必须与合同权利的转让一同进行,这时已构成合同更新(novation)⁷,而非合同转让。

综合来说,除英国以及秉承英国法律传统的一些国家外,两大法系对合同义务转让的规定基本一致,但在具体内容上有所区别。在国际大额资金划拨中,虽然资金划拨的原因和目的都是发端人履行其向受益人承担的基础付款义务,整个资金划拨的业务程序也始终围绕这一主题进行,各方当事人之间传递的支付指令更是在金额上与基础付款义务完全一致,但国际大额资金划拨绝非合同义务转让,其所构成的具有无因性法律特征的法律关系与合同义务转让有着本质的区别。

¹ Ross Cranston, *Principles of Banking Law*, Clarendon Press, Oxford, 1997, p252.

² 崔建远著:《合同法》(修订本)(“九五”规划高等学校法学教材),法律出版社2000年第2版,第185页。

³ 免责的债务承担指第三人取代原债务人地位而承担全部合同债务,使债务人脱离合同关系的债务承担方式。同上,第186页。

⁴ 并存的债务承担指债务人并不脱离合同关系,而由第三人加入到合同关系当中来,与债务人连带承担合同义务的债务承担方式。同上。

⁵ 美国《第二次合同法重述》第318条。

⁶ 何宝玉著:《英国合同法》,中国政法大学出版社1999年版,第273页。

⁷ 在英国法中,合同更新指经双方当事人同意,由第三人履行合同义务,并取得合同权利。同上,第278页。合同更新也可称为债务更新。

1、无论是大陆法系还是普通法系，合同义务转让的前提条件均被设定为，转让的义务必须是具备可转让性质的有效债务。而在国际大额资金划拨中，一旦资金划拨的程序开始进行，每一项支付指令就只依其法定或约定的内容、形式及传递方式而具备相应的法律效力，与发端人向受益人承担的基础付款义务完全无关。支付指令一旦发出，其并不会因基础付款义务的无效、变更或与基础付款义务的内容不同而受到任何影响。

2、合同义务的转让一旦有效成立，转让人即不得任意反悔，拒绝或撤回已经对方承诺的义务转让。而在国际大额资金划拨中，发送人在非受益人银行的接收银行执行支付指令前，得随时撤回支付指令，¹而不必对后者承担违约责任。

3、由于合同义务的转让是在义务内容不变的情况下进行的主体变更，新债务人的财产、资信状况如何，对债权人的债权能否得以顺利实现至关重要，所以合同义务的转让必须经由债权人的明示同意方得生效。在国际大额资金划拨中，发送人向接收银行发出的有效支付指令一旦到达并经对方执行或接受，即意味着该支付指令所代表的交易在整个资金划拨流程某一环节中已经完成。如果依合同义务转让的理论要求每一项支付指令的传递或者每一环节接收银行对支付指令的执行或接受必须以作为基础付款义务债权人的受益人的同意为条件，则整个资金划拨流程就会不可避免地陷于停滞，在实践中也根本无法实行。

合同义务转让不能适用于国际大额资金划拨的根本原因在于，国际大额资金划拨是以银行信用保障基础付款义务的履行并降低结算风险，银行之间的资金往来必须脱离基础付款义务的约束才能保证其作为结算中介的快捷性和安全性。而合同义务转让恰恰在这一点上始终受到基础法律关系的制约。

三、国际大额资金划拨是贷记划拨

支付所引起的资金划拨程序一般由付款人自己或经其授权发出的给付款人银行的支付指令开始，按支付指令传递给付款人银行的方式不同，资金划拨可分为借记划拨（debit transfer）和贷记划拨（credit transfer）。

（一）在借记划拨中，付款人的支付指令由收款人通过收款人银行传递给付款人银行，收款人也可在付款人的授权之下自行发出支付指令。当支付指令由收款人传递至收款人银行时，收款人账户被贷记。当支付指令最终到达付款人银行时，付款人账户被借记。由于收款人账户的贷记先于付款人账户的借记，就可能发生因付款人账户余额不足，支付指令被拒付，导致收款人账户贷记被收款人银行撤销的情况。实际上，借记划拨业务操作中，收款人账户的贷记一般是附条件的，只有在付款人账户借记已不可变更的情况下才可转变为收款人银行对收款人的有效负债。

（二）和借记划拨正好相反，贷记划拨中发端人（付款人）的支付指令由他直接递交发端人银行（付款人银行）。收到有效的支付指令，发端人银行首先借记发端人账户，然后再将支付指令直接或通过一个或数个中间行传递给受益人银行（收款人银行）以贷记受益人（收款人）账户。

两相比较，我们不难发现，由于支付指令传递方式的不同，引起付款人账户借记和收款人账户贷记先后顺序上的根本差异，使借记划拨中收款人和收款人银行所面临的拒付信用风险要远远大于贷记划拨中的同金额交易。正是由于这一无法消除的信用风险敞口的存在，决定了借记划拨往往只能局限在周期性的小额

¹ 如果接收银行是受益人银行，一旦其接受有效支付指令，国际大额资金划拨即被视为完成，发送人即不得以任何理由将支付指令撤销。

支付领域，如租金、保费等的结算。而对国际大额资金划拨来说，这一信用风险敞口显然是无法容忍的，贷记划拨才是唯一合理的选择。

四、国际大额资金划拨的基本分类

（一）在岸划拨和离岸划拨

按照发端人银行、受益人银行的位置与货币发行国的关系，国际大额资金划拨可以分为两类，一种在岸(onsshore)，一种离岸(offshore)。

无论何时发端人银行和受益人银行中的任何一方位于货币发行国，他们所涉及的国际大额资金划拨就被视为在岸划拨。如果发端人银行位于货币发行国，他与位于货币发行国境外的受益人银行之间的资金划拨为离去式(outgoing)在岸划拨，反之，若系受益人银行位于货币发行国，他与位于货币发行国境外的发端人银行之间的资金划拨则为进入式(incoming)在岸划拨。和上述情形不同，如果发端人银行和受益人银行均不在货币发行国境内，则无论他们具体位置如何，他们之间的资金划拨均为离岸划拨。当然我们应该注意到，由于各国大额资金划拨系统的相互独立，离岸划拨往往不可避免的要经过位于货币发行国的一个或一个以上参加该国大额资金划拨系统的中间行。

（二）内部支付和代理行支付

按照资金划拨的过程和所涉及的当事人的不同，国际大额资金划拨可以分为两种基本类型。

1、内部支付(in-house payment)

在一笔国际大额资金划拨中，无论发端人和受益人是否位于同一国家，如果他们均在位于第三国的同一家银行开设了结算帐户，即意味着发端人银行和受益人银行归于同一。该银行作为发端人和受益人共同的帐户行只需直接借记发端人帐户，并相应贷记受益人帐户，便可完成整个资金划拨过程，该银行对发端人的负债也随即被其对受益人的同等金额负债所取代。

严格地讲，由于其资金流动并未跨越国界，内部支付并不属于真正意义上的国际大额资金划拨。

2、代理行¹支付(correspondent payment)。从国际大额资金划拨的实践来看，发端人和受益人均在同一家银行开设结算帐户从而适用内部支付的情况只是特例。普遍的情况是发端人银行和受益人银行分别位于不同的国家和地区，它们之间支付指令的传递和资金划拨必须通过与其有代理行关系的中间行进行。这又可分为两种类型。

（1）发端人银行和受益人银行签订了代理协议，建立了代理行关系，一方在另一方或双方相互在对方开设了结算帐户。在发端人向发端人银行发出支付指令，发端人银行依支付指令借记发端人帐户并向受益人银行发出新的支付指令后，发端人银行和受益人银行之间的资金划拨将表现为上述结算帐户的直接借记或直接贷记，并与受益人在受益人银行所开设结算帐户的贷记相对应。

（2）若发端人银行和受益人银行之间不存在代理行关系，它们就必须通过作为它们各自代理行的一个、数个或一系列中间行进行资金划拨。在这一过程中，并无实体资金的移转，有的只是一系列结算帐户的借记或贷记。由于各个银行在

¹ 银行之间的代理关系指两家不同国籍的银行通过相互委托办理业务而建立的往来关系。建立了代理关系的银行互为代理行。张东祥主编：《国际结算》，武汉大学出版社 1996 年版，第 19 页。

关于代理行的详细论述，请参阅，Ross Cranston, Banking Networks, in Ross Cranston ed., Making Commercial Law, Clarendon Press, Oxford, 1997, p339-343.

多笔国际大额资金划拨中往往同时具有多重身份，即可能是发端人银行、受益人银行，也可能是某一中间行，甚至可能是发端人或受益人，这就决定了同一银行会同时拥有多项收款权利和承担多项付款义务。很难设想银行会各自为政逐项分别行使收款权利和履行付款义务，这样做不但会导致难以承受的结算成本，更会将现代经济生活所要求的结算效率丧失殆尽。国际大额资金划拨的内在性质要求必须有某种资金划拨系统的介入，将银行之间因资金划拨引起的债权、债务进行集中清算，而世界各主要货币国家已建立及将要建立的各类大额资金划拨系统恰好满足了这种客观需求。

实践中，如果一笔国际大额资金划拨中发端人银行和受益人银行相互间没有代理行关系或不拥有共同的代理行，在岸划拨和离岸划拨均需要经过参加货币发行国大额资金划拨系统（LVTS, the large value transfer system）的中间行进行结算。目前世界范围内在国际大额资金划拨领域具有重要作用的这类系统主要有美国的联邦电子资金划拨系统（FEDWIRE）、纽约清算所同业银行清算系统（Clearing House Interbank Payment Systems, CHIPS）、英国的清算所自动支付系统（Clearing House Automated Payment System, CHAPS）、日本银行清算网络（Bank Of Japan-Net Funds Transfer System, BOJ-NET）、瑞士同业银行清算系统（Swiss Interbank Clearing, SIC）以及法国的法兰西银行资金划拨系统（TBF）等。在国际层面有欧盟的跨欧洲自动实时总额结算快速划拨系统（Trans-European Automated Real-Time Gross Settlement Express Transfer, TARGET）和全球银行间金融电讯协会（The Society for Worldwide Interbank Financial Telecommunication）的 SWIFT 系统¹。我国人民银行也正在积极筹建类似的大额资金划拨系统。²

由上可见，国际大额资金划拨是指发端人和受益人之间的大额资金移转，在移转过程中，发端人银行和受益人银行中必须至少有一方位于该笔业务所用货币的发行国以外的国家。其法律关系主体由多方构成，主要包括发端人、发端人银行、中间行、受益人银行、受益人以及各主要货币国家的大额资金划拨系统。由于主体众多，且多位于不同的国家或地区，国际大额资金划拨的法律关系异常复杂，不但在整个资金划拨过程中要受到不同国家国内法的调整，而且因为各有关国家国内法对同一法律问题规定的差异，将不可避免地产生大量难以解决的法律冲突。怎样认识和降低这些法律风险？以及怎样在各个主体之间合理分配这些风险？已经成为国际大额资金划拨进一步顺利发展亟待解决的问题。

第二章、大额资金划拨系统

大额资金划拨系统是存在于银行间为银行及其客户进行大额资金划拨的结算安排。³ 作为国际大额资金划拨运行和制度建设中的决定性因素，各主要货币国家 and 地区的大额资金划拨系统构成了国际支付体系的基础和核心部分。其基本类型虽然简单，但与各国的实际情况相结合，却衍生出了具有不同特点和内涵的

¹ SWIFT 系统只是国际银行业用于相互间传递信息的电讯网络系统，对涉及金额并无大额、小额之分，严格地讲，其并不属于大额资金划拨系统。

² 我国的大额资金划拨系统名为中国国家现代化支付系统(China's National Advanced Payment System, CNAPS)。Chen YaoDong, Payment system developments in the People's Republic of China, in The Committee on Payment and Settlement Systems of the central banks of the Group of Ten countries ed., Managing Change in Payment Systems, Bank For International Settlements, at <http://www.bis.org/publ/cpss29.htm>, January 10, 2001.

³ The Committee on Payment and Settlement Systems of the central banks of the Group of Ten countries, Real-time Gross Settlement Systems, Bank For International Settlements, at <http://www.bis.org/publ/cpss22.htm>, November 14, 2000.

多个具体类型。

从世界各主要货币国家和地区的大额资金划拨系统的运行机制来看，其中的资金划拨程序主要由信息处理和结算两个要素组成。信息处理是指各参加银行之间的支付指令依照大额资金划拨系统规则被集中处理，具体包括对支付指令的识别、确认、传递及金额计算等程序。而各参加银行之间实际的资金流动则是通过结算来完成的，从法律上讲，结算的完成也同时意味着付款行对收款行支付义务的履行。¹

按照结算前信息处理时是否进行各参加银行间的净额清算²为标准，大额资金划拨系统可以分为总额结算安排和净额结算安排两种基本类型。

一、 总额结算安排(gross settlement)

总额结算安排的特征主要是两点。一是每一笔资金划拨业务均单独处理，另一点是每笔业务的及时结算依赖于付款行在中央银行的结算帐户是否具有足够的结算头寸(settlement position)³。在总额结算安排中，由于不存在各参加银行间的净额清算，其每个交易日所需处理的结算数量和金额非常庞大，相应的结算帐户余额也变动频繁，所带来的监控和提供资金便利(facility)的负担远非私营机构所能承受，所以，各主要货币国家和地区采用总额结算安排的大额资金划拨系统均由中央银行组建和监管，各参加银行间的资金结算也通过它们在中央银行开设的结算帐户进行。

按照在每一个交易日结算时间安排的不同，总额结算安排可以分为定时总额结算安排和实时总额结算安排。

(一) 定时总额结算安排(designated-time gross settlement)

顾名思义，定时总额结算安排是指每一交易日的结算时间相对固定的总额结算安排。在这一结算安排中，往往存在一个或数个由系统规则预先确定的结算时间。每一个交易日，作为管理机构的中央银行在特定的结算时间之前只是负责接收、审核及传递各付款行发出的支付指令，待到结算时间同时进行分别结算。

⁴ 各参加银行既不能享有因净额清算带来的降低结算成本⁵的好处，并且，在结算时间之前，接收支付指令的收款行必须承担到时付款行不能履行付款义务的风险。鉴于定时总额结算安排和其它形式的结算安排相比在节约结算成本和降低风险两方面均不占优势，目前在各国大额资金划拨领域已被逐步淘汰。

(二) 实时总额结算安排(real-time gross settlement)

和定时总额结算安排中支付指令的处理与结算分别进行不同，实时总额结算安排中支付指令的处理和传递是与结算同时进行的。⁶在实时总额结算安排的每一个交易日，只要付款行发出支付指令时在其结算帐户中有足够的资金余额，则该支付指令被中央银行立即执行，相应金额的款项被即时从付款行的结算帐户划

¹ 付款行欲履行其向收款行承担的支付义务，相应的结算必须是无条件和不可撤销的，否则不能发生债务履行的法律效果。

² 在净额结算安排中，净额清算的目的是将各参加银行之间因资金划拨引起的债权债务金额在双边或多边基础上对冲抵差，得出一定的净额，而净额结算则是依此净额所进行的旨在完成资金划拨的结算活动。从资金划拨的程序上看，后者是前者的目的，而前者是后者的基础。

³ 头寸即指帐户中的款项余额。

⁴ The Committee on Payment and Settlement Systems of the central banks of the Group of Ten countries, Real-Time Gross Settlement Systems, supra.

⁵ 大额资金划拨系统中的结算成本主要指参加银行因管理结算帐户、取得透支便利、拆借资金及提供担保等活动而发生的各项成本。

⁶ The Committee on Payment and Settlement Systems of the central banks of the Group of Ten countries, Real-Time Gross Settlement Systems, supra.

转至收款行的结算帐户。每一笔结算的完成都是终局性的，立即生效，不得撤销。这一结算安排使收款行可以即时支配所收款项，消除了信息处理和结算之间存在的时间差异，从而最大限度地降低了付款行不能履行付款义务的风险。但是，另一方面，由于每一笔资金划拨业务均单独处理，实时总额结算安排中需要处理的交易数量和金额将是惊人的，而及时结算对付款行头寸的依赖也极有可能诱发因个别付款行的结算帐户头寸不足导致严重的结算梗阻（gridlock）问题。¹ 在实践中，各国中央银行主要采取两种方法来解决这一问题，一是将不能解付的支付指令依其时间顺序转入等待状态，由中央银行统一管理或由发出支付指令的付款行分别管理，待付款行的结算帐户达到解付所需余额时，再依序解付；² 另一种方法是由中央银行向发生头寸不足的付款行提供透支便利。³

目前，世界上各主要货币国家的大额资金划拨系统，如美国的联邦电子资金划拨系统（FEDWIRE）、欧盟的跨欧洲自动实时总额结算快速划拨系统（TARGET）、⁴ 英国的清算所自动支付系统（CHAPS）⁵、瑞士同业银行清算系统（SIC）、法国的法兰西银行资金划拨系统（TBF）以及日本的日本银行清算网络系统（BOJ-NET）⁶等，均采用实时总额结算安排。

二、净额结算安排（netting settlement）

净额结算安排与总额结算安排相比要复杂得多。根据结算之前净额清算的具体范围不同，净额结算安排可分为双边净额结算安排和多边净额结算安排。无论是哪一种净额结算安排，其结算程序都明显分为两步，一是净额清算，二是净额结算。在净额结算安排的每一个交易日，各参加银行所需执行的所有支付指令均由一个中心机构⁷在双边或多边基础上对冲轧差，以计算出到系统规则特定的截止时间，每一参加银行（作为付款行）所需支付给其他参加银行和（作为收款行）应从其他参加银行收取的所有款项的总净额。之后，净额为负的参加银行将向净额为正的参加银行解付净额款项，这一般是通过各参加银行在中央银行开设的结算帐户进行。一旦结算完成，该交易日的所有支付指令均被视为得到执行。

因为在每一交易日只是各参加银行的对冲轧差后的净额需要实际结算，所以

¹ Mario Giovanoli, Legal Issues Regarding Payment and Settlement Systems, in Joseph J. Norton, Chris Reed and Ian Walden ed., Cross-Border Electronic Banking-Challenges and Opportunities, Lloyd's of London Press Ltd, 1995, p215.

² 某些国家（如瑞士）的大额资金划拨系统规则规定，参加银行可以重新安排待结算的支付指令的顺序，以免众多的支付指令的结算被一项或几项巨额支付指令所阻碍。Benjamin Geva, supra, p16.

³ 从理论上讲，发生头寸不足的付款行也可以在银行同业拆借市场上拆入资金以弥补头寸，当然，这样作需要负担较高的融资成本。

⁴ TARGET 是欧盟为了在经济货币联盟第三阶段单一货币政策执行后，向跨越成员国国界以欧元为结算货币的大额资金划拨提供一个稳定高效的结算机制而建立的。这一系统于 1999 年 1 月 1 日开始运行，其参加银行仅限于欧盟各成员国的中央银行。非中央银行的付款行和收款行必须通过本国的中央银行才能利用 TARGET 系统进行资金划拨。Jean-Micheal Godeffroy, Introduction of TARGET in the European Monetary Union, in the Committee on Payment and Settlement Systems of the central banks of the Group of Ten countries ed., Current Topics in Payment and Settlement Systems, Bank For International Settlements, December 1999, at <http://www.bis.org/publ/cpss35.htm>, January 10, 2001.

⁵ CHAPS 原先属于多边净额结算安排，于 1996 年 4 月被改造成为实时总额结算安排。John Trundle, Enhancing Payment Systems to Cope With the Liberalization and Globalization of Financial Markets: the UK experience, in the Committee on Payment and Settlement Systems of the central banks of the Group of Ten countries ed., Managing Change in Payment Systems, Bank For International Settlements, May 1998, at <http://www.bis.org/publ/cpss29.htm>, January 10, 2001.

⁶ 以其结算安排的具体内容而论，BOJ-NET 并非纯粹的实时总额结算安排，它还包涵了相当程度的净额结算因素在内。Benjamin Geva, supra, p17-18.

⁷ 这一中心机构一般被称为清算所（clearing house），指为银行间资金结算目的而设立的组织各参加银行进行集中清算的特定机构。

净额结算安排需要处理的交易数量和金额与总额结算安排相比将大为降低，同时各参加银行所需维持的结算帐户头寸也将相应降低。这种结算安排的直接效果是降低了付款行因头寸不足不能履行付款义务的风险，提高了结算效率。但是，我们也应看到，由于在一些国家和地区，参加银行的净额解付并不是一项法定义务，如果缺乏必要的结算规则或合同条款相配合，净额结算安排的安全性将甚成疑问。另一方面，虽然净额结算大幅度降低了付款行因头寸不足不能履行付款义务的风险，但从反面来看，对净额结算的完全依赖也使得一旦某一参加银行的头寸低至不足以解付其应付的净额款项时，所有以该净额为基础支付指令的执行都将受到严重威胁，风险将被成倍扩大。

净额结算安排在国际上的典型代表是美国的纽约清算所同业银行清算系统（CHIPS）和加拿大的银行同业国际支付系统（Interbank International Payment System, IIPS）。¹

在对净额结算安排进行分类时，除了上文提到的以净额清算的范围为标准外，还可以依照其法律特征上的差异进行进一步的划分。这种分类方法能够凸显出具体净额结算安排所面临的不同风险程度，实际上，这也是国际金融界对净额结算安排的标准分类方法。

（一）双边头寸净额结算安排(bilateral position netting)

双边头寸净额结算是指这样一种结算安排，由清算所在双边基础上计算出各参加银行对另外每一参加银行应收应付款项对冲后的净额，并依此净额进行各参加银行间的双边结算。对冲后的作为结算依据的双边净额只是纯粹计算的结果，其本身不产生任何法律效果，也就是说，各付款行在结算完成之前仍需对其付款义务全额负责，各收款行在结算之前也将就其每笔应收款项面临全额风险。

² 对各参加银行来说，这一结算安排的唯一意义是减少了实际执行的结算数量。

（二）双边债务更新净额结算安排(bilateral netting by novation)

债务更新(novation)是普通法系的一个重要概念。在 Black 法律辞典中，它被定义为“在相同或不同当事人之间，新的合同、债务、义务对既存合同、债务、义务的取代，是依照当事人的协商一致以新债务人取代原债务人或新债权人取代原债权人。债务更新成立的必要条件是，原债务为有效债务，各方当事人就债务更新协商一致，以及债务更新后原债务归于消灭。”³ 这一定义实际包括了大陆法系的广义的合同变更。⁴

双边债务更新净额结算安排是由每一参加银行在双边基础上与另一参加银行达成正式协议，双方之间应收应付款项的对冲净额在每个交易日特定的结算时间之前始终处于动态调整状态，计算得出的每一净额均构成双方的合同付款义务，而净额的每一次变动调整则意味着立即发生债务更新，原合同关系被以新的净额付款义务为内容的新合同关系所取代。这一债务更新过程在每个交易日持续进行，一直到结算时间为止。最后的净额即构成协议双方当日需实际履行的合同付款义务。⁵ 债务更新的运用不但大幅度降低了需实际执行的结算数量和金额，而且使各参加银行在净额清算时即能有效地估计和控制风险，从而可以更加合理地安排结算帐户的资金调配，提高资金使用效率。然而，我们也应看到，双边债

¹ 目前主要货币国家或地区的净额结算安排均为多边基础上的结算安排，目的在于最大限度地减少结算数量和金额，并降低结算风险。

² The Group of Experts on Payment Systems of the central banks of the Group of Ten Countries, Report on Netting Schemes, Bank For International Settlements, at <http://www.bis.org/publ/cpss02.htm>, November 14, 2000.

³ Black's Law Dictionary, supra, p959.

⁴ 广义的合同变更，既包括合同内容的变更，也包括合同主体的变更，后者即为合同转让。狭义的合同变更，仅指合同内容的变更。

⁵ The Group of Experts on Payment Systems of the central banks of the Group of Ten Countries, Report on Netting Schemes, Bank For International Settlements, supra.

务更新净额结算安排虽然具有如许优点，但各国法律对这种债务更新是否认同，将使这一结算安排降低风险的能力大打折扣，甚至会扩大各收款行就应收款项原先承担的总额风险。关于这一点，笔者将在第三章进行详细论述。

（三）多边头寸净额结算安排(multilateral position netting)

这一结算安排的原理及法律特征与双边头寸净额结算完全一致。但是在运行机制上，则是由一个清算或结算代理机构向每一参加银行提供一个清算帐户(clearing account)，¹以计算该参加银行对所有其它参加银行的应收应付款项对冲后的净额。

（四）多边债务更新及替代净额结算安排(multilateral netting by novation and substitution)

多边债务更新及替代净额结算是以双边债务更新净额结算的原理为基础，以清算所与参加银行间的合同关系取代各参加银行之间的合同关系的结算安排。在这一结算安排下，对于单个付款行和收款行之间的合同关系，清算所根据系统规则自动介入其间，对付款行享有请求付款的权利，同时向收款行承担付款义务。²原合同关系被两个新的相互独立的合同关系所取代，各参加银行分别只与清算所进行动态的净额清算。和双边债务更新净额结算的情况一样，债务更新过程在每个交易日也是持续进行的，一直到结算时间为止，各参与银行按照最终的净额与清算所结算，从而执行当日于结算时间之前到达清算所的所有支付指令，完成全部资金划拨。从其制度设计而论，和前三类结算安排相比，多边债务更新及替代净额结算无疑能最大程度地降低所需执行的结算数量和金额，并将相应风险控制最低水平。但这必须依赖于结算安排中的债务更新在各国法律中是否有效。

第三章、国际大额资金划拨的风险分析

和借记划拨相比，国际大额资金划拨的贷记划拨方式在很大程度上降低了受益人和受益人银行面临的信用风险，但并没有完全消除它。更何况国际大额资金划拨涉及多方当事人，形成的法律关系颇为复杂，除了因大额资金划拨系统中由于单纯技术原因造成的风险以外，每一笔资金划拨还存在着诸多潜在风险。

一、制度风险

制度风险是指由于国际大额资金划拨的制度设计尤其是大额资金划拨系统的结算安排中难以避免的内在缺陷，所造成的有关当事人在资金划拨流程中必须面临的各种风险。国际大额资金划拨的制度风险主要来源于两个方面。一是在大额资金划拨系统中，支付指令的传递、处理与资金结算异时进行，使得接收银行不得不在每一交易日特定的结算时间之前承担发送人到时不能履行付款义务的风险；³另一方面是指，在资金结算过程中，发端人和受益人、或其他发送人和接收银行在为对待给付时，因给付顺序的差异导致先履行义务的一方必须承担对方随后违约的风险。⁴这一风险主要存在于外汇、证券及衍生金融产品市场的大

¹ 这一清算或结算代理机构一般持有参与银行的清算帐户余额，或向其提供信用支持。

² The Group of Experts on Payment Systems of the central banks of the Group of Ten Countries, Report on Netting Schemes, Bank For International Settlements, supra.

³ 这一情况只存在于定时总额结算安排和净额结算安排中。

另，在大额资金划拨系统中，支付指令的发送人和接收银行即为结算时的付款行和收款行。

⁴ John S. Santa Lucia, Exchange Losses from International Electronic Funds Transfers: Time to Unify the Law, Northwestern School of Law. Journal of International Law & Business, Winter, 1988, 8 J. INTL. L. BUS. 759.

额资金划拨过程中。

按照对当事人影响严重程度的不同，国际大额资金划拨的制度风险可以分为以下三种具体形式。

（一）流动性风险（liquidity risk）

国际大额资金划拨是一个环环相扣的系统工程。以其典型情况为例，发端人向发端人银行发出支付指令，发端人银行借记发端人账户；随后发端人银行向与其有代理行关系的中间行发出支付指令，该中间行借记发端人银行在该行的结算账户；该中间行通过货币发行国的大额资金划拨系统与受益人银行的代理行进行清算交换；之后受益人银行的代理行向受益人银行发出支付指令，同时借记受益人银行在该行的结算账户；最后由受益人银行向受益人支付划拨款项或承担负债，从而完成该笔交易。很明显，在这一个过程中，任何一环出现结算账户余额不足并且没有透支便利的情况，均会导致资金划拨程序的暂时中断，从而发生流动性风险。

流动性风险的发生原因是支付指令发送人的结算账户的暂时性余额不足，造成其不能按时向接收银行履行相应付款义务。在净额结算安排中，流动性风险表现为具有借方净额的某参加银行在结算时间因没有足够的流动性资产¹而不能完成结算，²该交易日所有与其有关的支付指令也被视为未能执行。一般来说，流动性风险对国际大额资金划拨当事人的影响只是暂时性的，因为发送人可以从货币市场、银行间拆借市场或中央银行迅速融资以弥补其结算账户的差额，使相关结算得以在短期内恢复完成。但如果发送人不能及时筹集所需资金，或结算账户的差额继续扩大难以弥补时，流动性风险将转化为信用风险。

（二）信用风险（credit risk）

国际大额资金划拨的信用风险和流动性风险相比，严重程度更为加深，从法律意义上说，即表现为处于资金划拨某一环节的发送人无法履行其全部的付款义务。极端情况是其结算账户头寸严重不足，又无法及时筹措足够的资金来予以弥补，从而诱发破产风险，导致整个资金划拨程序的完全中断。信用风险的爆发对净额结算安排将造成严重的破坏性影响，不但发生信用风险的参加银行的净额结算无法进行，其后果还可能波及其他接受其支付指令的参加银行。如果各参加银行在每一交易日结算时间之前依赖净额清算安排他们的资金调配或向客户提供信贷支持，那么一旦某一参加银行的净额结算失败，信用风险就会迅速扩散至整个系统。³

信用风险在国际大额资金划拨中还有另外一种表现形式，即前文提到的因发端人与受益人、或其他发送人与接收银行之间在对待给付顺序上的差异所形成的风险。在国际外汇市场，这一风险被称为 Herstatt 风险(Herstatt risk),指外汇交易结算时，交易一方先于对方履行付款义务所发生的有关风险。⁴ 1974 年 6 月 26 日，德国的 Herstatt 银行被德国中央银行撤消了经营许可证，宣告破产。按照中央银行的命令，Herstatt 银行的破产清算程序于当天德国的大额资金划拨系统关闭之后开始。在该交易日之内，有几家外国银行通过其在德国的分行或代理行向 Herstatt 银行支付了约定金额的德国马克，并依他们之间的外汇交易合同，将于当天晚些时候在美国纽约接受 Herstatt 银行支付的约定金额的美元。由于时差的关系，虽然 Herstatt 银行在法兰克福时间 15:30 才开始破产清算，但这时正是纽约时间上午 10:30，Herstatt 银行在纽约的代理行立即停止了为

¹ 这里的流动性资产主要指参加银行拥有的现金、在中央银行的存款以及可迅速变现的有价证券。

² Mario Giovanoli, *supra*, p224.

³ The Group of Experts on Payment Systems of the central banks of the Group of Ten Countries, *Report on Netting Schemes*, *supra*.

⁴ Mario Giovanoli, *supra*, p224.

其代办的一切付款。¹ 于是，与 Herstatt 银行交易的几家外国银行的美元债权无法实现，只能通过参加破产分配获得部分清偿，这其中的损失无疑是巨大的。如果类似的情况发生在证券市场，这一风险则被称为证券结算风险，指证券交易中，交易一方在对方付款之前交付证券或在对方交付证券之前支付价款，所发生的相关风险。²

（三）系统风险（system risk）

信用风险的进一步恶化会形成系统风险。在大额资金划拨系统乃至国际金融市场中，如果一家银行不能偿付到期债务，导致其他银行也不能偿付他们各自的到期债务，就意味着系统风险的爆发。³ 由于当前世界各主要金融市场的紧密联系，系统风险一旦发生，其影响将迅速波及全球，如果各国中央银行没有有效的应对措施，其引起的金融市场动荡将会愈演愈烈，最终造成难以挽回的经济损失。以大额资金划拨系统为例，一般来说，充分运用法律方法可在一定程度上增加系统抵御参加银行信用风险的能力，但要完全消除因银行信用风险爆发导致结算失败造成的损失却是不可能的。考虑到目前绝大多数国际大额资金划拨业务和国际商品贸易以及跨国直接投资并无实质性联系，其顺利运行日益建立在交易各方信心基础上的客观情况，必须在大额资金划拨系统的制度建设上注意防范因单个银行信用风险爆发引发连锁反应，形成系统风险的全面爆发。

考察世界各主要大额资金划拨系统的规章制度，制度风险的控制措施主要有准入标准(access criteria)、双边信用限额(bilateral credit limits)、多边借记上限(multilateral debit caps)、预计违约金额的抵押(collateralisation of anticipated amounts in default)以及损失分担安排(loss sharing arrangements)等。

二、 法律风险

法律风险几乎是所有国际经济活动必然遇到的难题，毕竟，各个国家和地区并存的不同法律制度是长时期内必须予以接受的事实。反映在国际大额资金划拨中，各国和地区相互差异的法律概念和规定不仅导致了异常复杂的法律问题，而且可能与制度风险相结合，对后者的发生起到推波助澜的作用。⁴

（一）抵销权

笔者在第二章中提到，双边债务更新净额结算和多边债务更新及替代净额结算的结算安排均依赖于其中的债务更新是否有效成立，而债务更新的首要前提是原债务必须有效。在双边债务更新净额结算中，原债务即是各参加银行通过净额清算对相互间应收应付款项抵销后得出的净额债务，表现为一具有借方净额的参加银行对另一具有贷方净额的参加银行所负的待结算的付款义务。而在多边债务更新及替代净额结算中，由于清算所介入了各参加银行间的合同关系，并取代了一方当事人，付款行与收款行之间的合同关系转变为付款行与清算所及清算

¹ The Group of Experts on Payment Systems of the central banks of the Group of Ten Countries, Settlement Risk in Foreign Exchange Transactions, Bank For International Settlements, March 1996, at <http://www.bis.org/publ/cpss17.htm>, November 14, 2000.

² Mario Giovanoli, supra, p224.

³ The Group of Experts on Payment Systems of the central banks of the Group of Ten Countries, Report of the Committee on Interbank Netting Schemes of the central banks of the Group of Ten Countries, Bank For International Settlements, at <http://www.bis.org/publ/cpss04.htm>, November 14, 2000.

⁴ 这一情况主要是指，在双边债务更新净额结算和多边债务更新及替代净额结算中，如果债务更新被法律确认为无效，则意味着各参加银行在完成结算前必须对所有付款义务全额负责，而实际上，各参加银行是以持续的净额清算为依据安排其资金调配及使用的。这样，系统中的流动性风险和信用风险将被成倍扩大，并极有可能诱发系统风险。

所与收款行之间两个相互独立的合同关系。¹ 在这一结算安排下，各参加银行在净额清算中只与清算所进行相互间应收应付款项的抵销，由此得出的净额债务在交易日的不断变动造成各参加银行与清算所之间持续的债务更新。最终，在结算时间，由具有借方净额的一方向具有贷方净额的另一方履行付款义务。

各参加银行及清算所抵销权的行使形成了他们之间待结算的净额债务，为持续的债务更新奠定了基础。但问题即由此产生，这一基础是否牢固？各参加银行及清算所之间对应收应付款项的抵销是否具有他们意欲发生的法律效果？

1、在普通法系国家，净额结算安排中抵销权²行使的法律效果并不清晰。抵销权在这些国家更多地被认为是诉讼中被告用以对抗原告请求权的一种反向权利，来源于衡平法，其目的是保证原被告双方的利益均衡。在 Black 法律辞典中，关于抵销权是这样表述的：抵销权是“被告用以对抗原告，并解除或减少原告诉讼请求的一项反向请求权，其产生于原告诉因之外的另一项交易”；或是“被告在被诉时援引的，旨在对抗原告，并消除被诉金额或恢复超过原告请求金额的利益的请求权。”³ 在对抵销权的定义中，虽然原被告双方应分别享有可抵销的对应债权这一点确定无疑，但对此等债权是否必须在原被告之间互为对立，即原被告双方是否必须自己互为债权人和债务人，则无明确界定。这一问题将在具体案件的审理中交由法官依案情自由裁量。在大额资金划拨系统中，各参加银行的交易行为很大一部分是接受其他银行或客户的委托而进行的，资金划拨的结果也完全由后者承担，参加银行作为结算中介原则上只起代理人的作用。这一情况反映到双边债务更新净额结算中，就意味着虽然是各参加银行发出和接收支付指令，但他们可能并非相应资金划拨业务实际的债权人或债务人，他们能否依据自己并不享有的债权或并非归属对方的债务来行使抵销权，从而达到净额结算的目的？在多边债务更新及替代净额结算安排中，情况因清算所的介入而更趋复杂。

2、与普通法系不同，大陆法系国家对抵销权的规定是清晰而明确的。在大陆法系，抵销是债权消灭的方式之一，指“二人互负债务而其给付种类相同，得以其债务与他方之债务，按对等数额使其相互消灭之意思表示。”⁴ 而“依一方之意思表示，使双方之债权按对等数额消灭之权利，”⁵即为抵销权。抵销权的有效行使须同时满足一定的积极要件和消极要件，其中积极要件包括，（1）须有双方债权之存在；（2）须双方债权均届清偿期；（3）两个债权于双方当事人间须相互对立；（4）双方债务之给付须同其种类。至于消极要件，则包括（1）须非依债权性质不许抵销和（2）须非有抵销之禁止两点。⁶ 考察双边债务更新净额结算和多边债务更新及替代净额结算，在以上所有要件中，其他要件均可满足，唯有关于供抵销债权须于双方当事人间相互对立的要求将给各参加银行及清算所之间应收应付款项的抵销造成严重的法律障碍。依此要件，各参加银行用于抵销的债权，必须是其本身对其他参加银行享有的债权，而对于代理客户进行资金划拨产生的债权，非其本身享有，原则上不得用于抵销。即使作为委托人的客户已明确

¹ 很明显，清算所代替付款行向收款行承担付款义务，也发生了债务更新，但此并非本节所要探讨的因不断发生的净额清算而造成的债务更新。

² 这里的抵销权指普遍意义上存在于互负债务的双方当事人之间的抵销权，而非英美银行法特有的银行抵销权。

银行抵销权是英美等国银行法中一项约定俗成的原则，具体指银行以向客户享有的债权偿付自己向客户承担的债务的权利。银行抵销权是一项寓于银行与客户关系中的基本权利，它之所以存在是因为银行向客户提供了透支的便利。王贵国著，引前书，第 464-466 页。

³ Black's Law Dictionary, supra, p1230.

⁴ 史尚宽著：《债法总论》，中国政法大学出版社 2000 年版，第 845-846 页。

⁵ 同上，第 846 页。

⁶ 同上，第 847-858 页。

Degree papers are in the "[Xiamen University Electronic Theses and Dissertations Database](#)". Full texts are available in the following ways:

1. If your library is a CALIS member libraries, please log on <http://etd.calis.edu.cn/> and submit requests online, or consult the interlibrary loan department in your library.
2. For users of non-CALIS member libraries, please mail to etd@xmu.edu.cn for delivery details.

厦门大学博硕士论文摘要库